

VI. Schluss

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Abwahlpflicht des § 29 StAG eine Regelung getroffen, die den Anforderungen des Art. 16 Abs. 1 sowie des Art. 3 Abs. 1 und 2 GG standhält. Keineswegs aber war sie von den Strukturen der Staatsangehörigkeit als Rechtsinstitut her zur Vermeidung von Mehrfachstaatsangehörigkeit geboten. Sie ist vielmehr die Konzession an eine emotionalisierte Öffentlichkeit, um so das Staatsangehörigkeitsrecht zur Jahrtausendwende überhaupt einer effektiven Reform unterziehen zu können – und mit der Einführung des *ius soli* ist insoweit ein wesentlicher Schritt getan. Die Kosten dieses Kompromisses sind allerdings beträchtlich. Zu einer weitergehenden Reform aber war die Zeit noch nicht reif. Nicht nur die Zuwanderer, sondern auch das öffentliche Bewusstsein braucht seine Zeit, um in der Wirklichkeit anzukommen. Insofern ist die Reform des Staatsangehörigkeitsrechts nur ein erster und mit großen Härten erkaufter Schritt. Aber das dritte Jahrtausend hat ja auch gerade erst begonnen.

Thomas M. J. Möllers

Einschränkung der Vertrags- und Gestaltungsfreiheit durch europäische Richtlinien*

A. Einleitung

I. Die europäischen Richtlinien im Bürgerlichen Recht

Noch vor gut zwanzig Jahren war das Europäische Recht eine Domäne des öffentlichen Rechts. Das Verhältnis der Mitgliedstaaten zu den europäischen Institutionen hat sich in den letzten 30 Jahren – trotz vieler Einzelfragen – in vielen Punkten geklärt und inhaltlich lässt sich heute wohl ohne Übertreibung *das Zivilrecht als Motor der Europäischen Integration* bezeichnen.¹

II. Europäisierung des BGB

Der neue Weg des deutschen Gesetzgebers zeichnet sich durch drei Besonderheiten aus: Erstens wird jetzt keine Minimalumsetzung mehr versucht. Vielmehr findet oft eine überschießende Umsetzung der Richtlinie statt, indem der Anwendungsbereich der Richtlinie sachlich oder persönlich über das Mindestmaß der Richtlinie erweitert wird. Damit werden Begrifflichkeiten *verallgemeinert*. Formal geht das zweitens damit einher, dass die europäischen Richtlinien durch Paragraphen in das BGB *integriert* und nicht in Sondergesetzen umgesetzt werden. Es kommt zu einer *Europäisierung des BGB*. Eine dritte Eigenart besteht darin, dass der nationale Gesetzgeber zum Teil schon „Umsetzungsgesetze“ schafft, obwohl die europäische Regelung noch nicht endgültig erlassen ist. Man kann von vorausseilender Gesetzgebung sprechen.

1. Integration der Überweisungs-, der Fernabsatz- und des Entwurfs einer Zahlungsverzugs-RiL in das BGB

Während die Überweisungs-RiL nur grenzüberschreitende Überweisungen regelt, versucht das deutsche Überweisungsgesetz aus dem Jahre 1999² die Überweisung in den §§ 676a ff. BGB umfassender zu regeln: Das Gesetz ist auch für rein nationale Überweisungen anwendbar. Während die Überweisung früher eine Weisung im Sinne von § 665 BGB darstellte, wird aus der Überweisung nun ein Vertrag. Neu aufgenommen

* Die Ausführungen zum Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes beruhen auf Überlegungen meines Mitarbeiters Herrn Dr. Franz Clemens Leisch.

¹ Für einen Überblick über die zahlreichen zivilrechtlichen Richtlinien s. Möllers, JZ 2002, 124 ff.

² Überweisungsgesetz v. 14.8.1999, BGBl. I 1642.

sind zahlreiche Informationspflichten durch den neu geschaffenen § 675a Abs. 1 BGB i.V.m. der Verordnung über Informationspflichten.

Auch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen³, das seit dem 1.5.2000 galt, dehnte den Anwendungsbereich persönlich weiter aus als die Zahlungsverzugs-RiL: Die Richtlinie ist nur für Verzug im Geschäftsverkehr anwendbar; dagegen galten die §§ 284 ff. BGB a.F. für jedermann, also alle Bürger. Hervorzuheben ist auch, dass bei Erlass des Gesetzes die Zahlungsverzugs-RiL auf europäischer Ebene noch gar nicht verabschiedet war.

Im BGB hat der Gesetzgeber die Umsetzung der Fernabsatz-RiL durch das Fernabsatzgesetz zum Anlass genommen, Verbraucherschützende Normen aufzunehmen: Zu nennen sind § 241a (Lieferung unbestellter Leistungen), § 661a (Gewinnzusagen), § 676h (Missbrauch von Zahlungskarten) BGB. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber eine Reihe von Begriffen allgemein geregelt, wie den Begriff des Verbrauchers und des Unternehmers nach §§ 13 und 14 BGB sowie das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen gem. § 361a BGB a.F. und das Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen gem. § 361b BGB a.F. (jetzt §§ 355 und 356 BGB).

2. Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufs-, Zahlungsverzugs- und E-Commerce-RiL durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB

Auf 630 Seiten hatte das Bundesministerium der Justiz im August 2000 einen Diskussionsentwurf⁴, eine konsolidierte Fassung⁵ und einen Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes veröffentlicht.⁶ Der Bundesrat hat über 100 Änderungswünsche vorgeschlagen, die weitgehend berücksichtigt wurden.⁷ Mit dem zum 1.1.2002 in Kraft getretenen SchuldrechtsmodernisierungG wurde nicht nur die Verbrauchsgüterkaufs-, Zahlungsverzugs- und E-Commerce-RiL umgesetzt, sondern wurden darüber hinaus weite Teile des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts neu geregelt, wie beispielsweise das Verjährungs-, das Leistungsstörungs- und das Werkvertragsrecht. Vor allem wurden die Sondergesetze in das BGB integriert, wie beispielsweise das AGBG, das HaustürWG, das VerbrKrG, das FernAbsG und das TzWrG.

3. Modernisierung des Schadensrechts

Ein Gesetzesbeschluss des Bundestages vom 10.5.2002⁸ sieht inzwischen auch eine „Modernisierung des Schadensrechts“ vor.⁹ Neben einem Schmerzensgeldanspruch im

3 Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen v. 30.3.2000, BGBl. I 330. Hierzu beispielsweise Möllers, WM 2000, 2284 ff.

4 Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes v. 4.8.2000. Der Diskussionsentwurf ist abgedruckt bei Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 613 ff.

5 Konsolidierte Fassung v. 6.3.2001.

6 Regierungsentwurf v. 11.5.2001, BR-Drs. 338/01 = Fraktionsentwurf v. 14.5.2001, BT-Drs. 14/6040. Alle Fassungen sind abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de> sowie unter <http://www.thomas-moellers.de>.

7 Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 31.8.2001, BR-Drs. 338/01.

8 BR-Drs. 358/02.

Vertragsrecht und im Rahmen der Gefährdungshaftung¹⁰ sollen eine Beweiserleichterung und ein Auskunftsanspruch im Arzneimittelgesetz (AMG) dem Kläger bei der Durchsetzung seines Anspruchs helfen.¹¹

B. Europäisierung bürgerlich-rechtlicher Rechtsprinzipien

Die zahlreichen europäischen Richtlinien führen zu der Frage, inwieweit die Prinzipien, die das BGB bisher geleitet haben, bestätigt oder aber massiv inhaltlich verändert werden. Es ist also zu prüfen, ob Rechtsfiguren, die europäische Richtlinien in das nationale Recht einführen, zu Widersprüchen, ja Systembrüchen zu den bisher bekannten Rechtsprinzipien führen. Im einzelnen geht es darum, in welchem Umfang die Vertrags- und Gestaltungsfreiheit des Einzelnen beschränkt wird. Solche Korrekturen der Vertragsautonomie können die Abschlussfreiheit einschränken (I.), aber auch das Recht auf Vertragsaufhebung modifizieren (II.). Daneben kann der Schutz des Verbrauchers die Gestaltungsfreiheit einer Partei begrenzen, indem die Partei wider ihren Willen die andere Seite informieren muss (III.). Schließlich kann zwingendes Recht dazu führen, die Gestaltungsfreiheit zu beschränken (IV.).

I. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Antidiskriminierungsvorschriften

1. Bestehende Vorschriften im Arbeitsrecht

Erst mit der Einführung des § 611a BGB, der es dem Arbeitgeber verbietet, bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen des Geschlechts zu benachteiligen, hat der Gesetzgeber eine Vorschrift in das BGB aufgenommen, die Diskriminierungen verbietet. Allerdings glaubte man damals, die Vorschrift weitgehend sanktionslos belassen zu können. Der Ersatz der Portokosten wurde für ausreichend erachtet und ein immaterieller Schadensersatzanspruch als systemfremd abgelehnt.¹² So musste mehrmals der

9 Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, vgl. BT-Drs. 14/8780.

10 Der vom Bundestag beschlossene § 253 Abs. 2 BGB n.F. lautet: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.“

11 Gesetzesentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 13/10435 v. 9.11.2000, Referentenentwurf v. 19.2.2001, Gesetzesentwurf v. 24.9.2001; abzurufen unter <http://www.bmj.bund.de> und unter <http://www.thomas-moellers.de>. S. hierzu auch die Beschlüsse des 62. DJT, NJW 1999, 117; Elsner, ZfS 2000, 233.

12 So die damals h.M. s. Scholz, Anmerkung zu AP § 611a Nr. 5 und 6; Wiese, JuS 1990, 357 ff.; Erman/Ehmann, BGB, 9. Aufl., 1993, Anh. zu § 12 Rn. 372 ff.; Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl. 1993, § 611a Rn. 16; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, Bd. 2, 13. Aufl. 1994, S. 502; Herrmann, ZfA 1996, 19, 44 ff.; Adomeit, NJW 1996, 1710, 1712; für einen immateriellen Schadensersatzanspruch über § 823 Abs. 1, 847 BGB dagegen bereits BAG 14.3.1989, BAGE 61, 209 = NJW 1990, 67 = JZ 1991, 43 dem BAG-Urteil zustimmend Beyer/Möllers, JZ 1991, 24, 28 ff.; Iglesias/Riechenberg, FS Everling, 1995, S. 1213, 1217.

EuGH bemüht¹³ und insgesamt dreimal die Fassung des § 611a BGB verbessert werden, bis jetzt § 611a BGB ausdrücklich einen eigenen immateriellen Schadensersatzanspruch und eine Beweislastumkehr zulasten des Beklagten vorsieht¹⁴.

Der Gesetzgeber hat darüber hinaus ein Gesetz zum Schutz Beschäftigter vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz erlassen.¹⁵ In diesem Gesetz wird erst einmal die sexuelle Belästigung definiert; zudem wird die sexuelle Belästigung als Dienstvergehen gewertet. Inzwischen werden von den Gerichten aber immer öfter Kündigungen und Schmerzensgeldansprüche als Sanktionen bei Verstößen gegen dieses Gesetz für rechtmäßig erachtet.¹⁶

2. Die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und das geplante Antidiskriminierungsgesetz

Art. 13 EG erlaubt dem Rat, Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu ergreifen. Zwei Gleichbehandlungsrichtlinien konkretisieren dies. Die Richtlinie 2000/78/EG¹⁷ sieht ein Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung sowie Belästigung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf vor. Art 4 enthält Ausnahmebestimmungen.

Die Richtlinie 2000/43/EG ist enger und weiter zugleich: Sie verbietet die Diskriminierung nur wegen Rasse oder ethnischer Herkunft, gilt aber generell „für den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum“.¹⁸ Damit sind unter anderem alle Kauf-, Tausch-, Werk-, Dienst- und Mietverträge erfasst, soweit sie öffentlich angeboten werden. Ausdrücklich gilt die Richtlinie für alle Personen im öffentlichen und privaten Bereich;¹⁹ die Art. 7, 15 verlangen einen wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Rechtsschutz, Art. 8 Abs. 1 eine Beweislastumkehr zulasten des Beklagten. Die Richtlinie 2000/43/EG ist auf Art. 13 EG gestützt, der neu durch den Vertrag von Amsterdam eingefügt wurde. Danach kann der Rat zwar geeignete Vorkehrungen zur Bekämpfung bestimmter Diskriminierungen treffen, dies jedoch nur im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten.²⁰ Da dem Rat eine Zuständigkeit hinsichtlich des Zivilrechts als Ganzem nicht zusteht, ist durchaus frag-

lich, ob außerhalb des Art. 137 EG eine ausreichende Zuständigkeit begründbar ist. Insbesondere dürfte der Nachweis nur schwer zu erbringen sein, dass es sich bei den Vorschriften der Richtlinie gem. Art. 94 EG um solche handelt, die sich unmittelbar auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken.²¹

3. Bewertung – insbesondere der Diskussionsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes

Im Arbeitsrecht spielt der Grundsatz der Gleichbehandlung eine besondere Rolle. Da Diskriminierungen schon in der Vergangenheit von den Gerichten sanktioniert wurden²², wird auch die Umsetzung der RiL 2000/78/EG voraussichtlich keine größeren Probleme bereiten. Änderungen sind vor allem im Schwerbehindertenrecht und bei der Diskriminierung wegen Alters zu erwarten.²³

Problematischer ist dagegen der Diskussionsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes²⁴, der die über das Arbeitsrecht hinaus geltende RiL 2000/43/EG umsetzen will. Dabei geht der Diskussionsentwurf deutlich über die europäischen Vorgaben hinaus: Statt einer Beschränkung auf Rasse und ethnische Herkunft, werden auch sexuelle Identität, Religion, Weltanschauung, Alter und Behinderung erfasst.²⁵ Das Bundesministerium der Justiz war der Ansicht, dass eine Beschränkung auf die von der Richtlinie vorgesehenen Merkmale, zu dem „fatalen Trugschluss verleite“, andere Diskriminierungen seien erlaubt.²⁶ Neben einem verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch soll auch ein Recht auf Vertragsabschluss als Rechtsfolge begründet werden, ein sog. „Folgenbeseitigungsanspruch“ in das Zivilrecht eingeführt werden.²⁷ Zur Begründung ist im

21 Zu den Begriffen des Gemeinsamen Marktes und der unmittelbaren Auswirkung vgl. Röttinger, in: Lenz, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 94 Rn. 8 ff. Eine Zuständigkeit verneinend Högenauer, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, Diss. Augsburg 2002, Kapitel 4 B II 1 d), S. 56.

22 S. z.B. BAG v. 23.6.1994, NZA 1994, 1080 = NJW 1995, 275 – Kündigung wegen Homosexualität.

23 S. hierzu Thüsing, NZA 2001, 1061 ff.

24 Diskussionsentwurf (DE) eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, Bundesministerium der Justiz v. 10.12.2001. Eine Fassung findet sich unter <http://www.thomas-moellers.de>.

25 § 319a Abs. 1 BGB-DE lautet:

„Niemand darf aus Gründen des Geschlechts, der Rasse der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei

1. der Begründung, Beendigung und Ausgestaltung von Verträgen, die

a) öffentlich angeboten werden, oder

b) eine Beschäftigung, medizinische Versorgung oder Bildung zum Gegenstand haben oder

2. dem Zugang zu und der Mitwirkung in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, unmittelbar oder mittelbar benachteiligt oder belästigt werden (Benachteiligungs- und Belästigungsverbot).“

26 S. 11 des Diskussionsentwurfs unter A.3.b).

27 § 319 e Abs. 1 S. 1 BGB-DE lautet:

„Wer gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, kann von dem Betroffenen auf Unterlassung und auf eine benachteiligungsfreie Behandlung (Folgenbeseitigung) in Anspruch genommen werden. Der Abschluss eines Vertrages oder der Zugang zu einer Organisation kann nur beansprucht werden, wenn er ohne den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot geschlossen oder ermöglicht worden wäre;

13 EuGH, Slg. 1984, 1891 = NJW 1984, 2021 - von Colson und Kamann; EuGH, Slg. 1984, 1921 = DB 1984, 1042 - Harz; EuGH, Slg. I-1997, 2195 = NJW 1997, 1839 = JZ 1997, 1172 (Hergenröder) - Draehmpaehl; hierzu ausführlich Möllers, EuR 1998, 20, 41 ff.

14 Ein Vertragsabschluss kann aber nach § 611a Abs. 2 2. Hs. BGB nicht begründet werden.

15 Beschäftigungsschutzgesetz 1994, Art. 10 des 2. Gleichberechtigungsgesetzes vom 21.4.1994, BGBl. I 1406, 1412 f.

16 S. Mästle, Der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, (Diss. Augsburg), 2000, S. 90 ff.

17 Gleichbehandlungs-RiL 2000/43/EG zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen v. 29.6.2000, ABl. EG Nr. L 180, 22 sowie Gleichbehandlungsrahmen-RiL 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABl. EG Nr. L 303, 16; abgedruckt auch in NJW 2001/Beil. zu Heft 37.

18 Art. 2 Abs. 3 lit. h) RiL 2000/43/EG.

19 Art. 3 Abs. 1 RiL 2000/43/EG.

20 Vgl. zur Interpretation dieses Tatbestandsmerkmals Jochum, ZRP 1999, 279, 280.

Diskussionsentwurf ausgeführt, dass die Einwirkung insbesondere des Gleichheitsgrundsatzes auf die Gesellschaft dazu geführt habe, dass dieser in den Beziehungen der Bürger untereinander weithin zur Selbstverständlichkeit geworden sei. Angenommen wird allerdings, dass die Einwirkung der Grundrechte als objektive Wertordnung über die Generalklauseln des Zivilrechts nicht geeignet sei, auf die Bürger einzuwirken, für die die Beachtung des Gleichbehandlungsgebots im Verhältnis zu ihren Mitbürgern noch nicht selbstverständlich geworden sei. Das Diskriminierungsverbot solle daher den Bürgern untereinander zur eindeutigen Pflicht gemacht werden.²⁸ Erstaunlich an diesen Ausführungen ist, dass die Verfasser des Diskussionsentwurfs offensichtlich davon ausgehen, den Bürger träfe die Pflicht zur Beachtung des Gleichheitssatzes bereits jetzt, es fehle lediglich an der erforderlichen Eindeutigkeit.

Erfasst wird etwa der Vermieter, der seine Wohnung nur an weibliche Studenten vermieten will, da er im Hinblick auf den pfleglichen Umgang mit seinem Wohnungseigentum mit diesen bessere Erfahrungen gemacht hat. Auch der Vermieter, der aufgrund der Mieterstruktur in seinem Mietshaus nur an ein älteres Ehepaar vermieten will, macht sich verschuldensunabhängig schadensersatzpflichtig. Gleiches gilt für den Verkäufer eines Wurfes junger Hunde, der anonciert, dass er die Welpen nur an ein junges Ehepaar mit Kindern verkaufen wolle, weil er sich um genügend Bewegung der Hunde sorgt. Auch auf den Frauenbuchladen, der Männern den Zutritt zu den Verkaufsräumen verwehrt²⁹, kommen verschuldensunabhängig Entschädigungsansprüche zu. Der streng gläubige Katholik, der seine Wohnung nicht an ein homosexuelles Paar vermieten will, ist zum Vertragsabschluss unter den Voraussetzungen des § 319 e Abs. 1 BGB-DE ebenso gezwungen wie der Vermieter, der für die Vermietung an einen Gehbehinderten mangels Aufzuges umfangreiche Umbauarbeiten im Treppenhaus und in den Wohnräumen zulassen müsste.³⁰ Die junge Familie, die nur ein Kindermädchen einstellen will, das jünger als 35 Jahre ist, muss mit Schadensersatzansprüchen älterer Kindermädchen³¹ rechnen, das ältere Ehepaar dagegen, das sich eine Haushaltshilfe jenseits der Fünfzig wünscht, hat entsprechende Schadensersatzansprüche jüngerer Haushaltshilfen zu gewärtigen. Der Eifer des Justizministeriums trifft ferner auch die Privatperson, die ihre Büchersammlung nur an einen Anthroposophen veräußern möchte. Gefährlich wird es auch für den Kurden, der seine Münchner Wohnung nur an einen Landsmann vermieten will, und das mangels entsprechender anwaltlicher Beratung auch noch sagt. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Sie machen deutlich, dass der Gesetzgeber bei seiner schlichten Übertragung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in das Zivilrecht übersehen hat, dass er dadurch schwerwiegend in die grundrechtlich geschützte allgemeine Hand-

lungsfreiheit sowie gegebenenfalls in andere Grundrechte wie etwa Art. 4 oder 14 GG eingreift. Die gegenläufigen Grundrechte werden nicht erwähnt. Es findet sich diesbezüglich in der Begründung nur die Erläuterung, dass mit der Beschränkung der Richtlinie auf Angebote, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, den berechtigten Interessen am Schutz der Privatsphäre Rechnung getragen werden solle. Da diese Interessen auch in Deutschland durch die Grundrechte geschützt seien, werde diese Beschränkung übernommen.³²

Die verfassungsrechtlichen Vorstellungen der Entwurfsverfasser lassen sich somit in zwei Grundaussagen zusammenfassen: 1. Das Gebot der Gleichbehandlung gilt auch im Zivilrecht. 2. Eine verfassungsrechtliche Grenze der Pflicht zur Gleichbehandlung im Privatrecht ergibt sich lediglich aus der Achtung der Privatsphäre des grundsätzlich Pflichtigen. Das gilt es im folgenden zu überprüfen.

a) Zur Wirkweise der Grundrechte im Privatrecht

aa) Die Abwehrfunktion der Grundrechte

Zunächst ist daran festzuhalten, dass die Grundrechte lediglich den Staat binden. Er allein ist gem. Art. 1 Abs. 3 GG Normadressat.³³ Es ist daher grundsätzlich für jedermann möglich, sich bei seinen Rechtsgeschäften auch von sachwidrigen Erwägungen leiten zu lassen. So kann zwar der Staat den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts nicht deshalb ablehnen, weil der den Verwaltungsakt begehrende Bürger schlecht gekleidet ist. Sehr wohl aber kann ein Bürger bei der Frage, wem er sein Grundstück veräußert, sich von dieser sachwidrigen Erwägung leiten lassen. Die Beschränkung des Adressatenkreises gilt folgerichtig nicht nur im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch im Hinblick auf die besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG.³⁴ Ein Anspruch einer Privatperson gegen eine andere auf gleiche bzw. diskriminierungsfreie Behandlung ergibt sich somit zunächst nur insoweit, als der Privatrechtsgesetzgeber eine entsprechende Pflicht normiert, wie dies beispielweise in § 611a BGB geschehen ist. Derartige Normen stellen zugleich immer einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder speziellere Grundrechte des Pflichtigen dar und müssen daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Freilich ist nicht nur der Gesetzgeber, sondern sind auch die Gerichte gem. Art. 1 Abs. 3 GG Normadressaten der Grundrechte. Sofern die entscheidungstragende Rechtsansicht des Gerichts ein Grundrecht verletzen würde, wenn sie eine Gesetzesnorm wäre, ist die Gerichtsentscheidung nach der *Schumann'schen Formel*³⁵ verfas-

dies gilt nicht, wenn über den Vertragsgegenstand bereits ein Vertrag mit einem Dritten geschlossen worden ist. Lässt sich die Benachteiligung nicht nach Satz 1 oder in anderer Weise ausgleichen, kann der Betroffene eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen."

28 Begr. DE-Antidiskriminierungsgesetz (Fn. 24), A.1.

29 So ein Münchner Frauenbuchladen.

30 Die Kammerentscheidung BVerfG v. 28.3.2000, 1 BvR 1460/99, WM 2000, 1007 ff., betraf einen Fall, in dem der Beschwerdeführer bereits Mieter war. Die Entscheidung ist auch veröffentlicht unter www.bverfg.de. Kritisch zu dieser Entscheidung Pawlowski, JZ 2002, 627 ff.

31 Sowie mit Schadensersatzansprüchen von männlichen Bewerbern, da die Bezeichnung „Kindermädchen“ diese benachteiligt.

32 Begr. DE, unter A.3. c).

33 Ganz herrschende Auffassung, vgl. nur *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, 1999, S. 33 ff. m.w.N.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 266; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, 4. Aufl. 1992, Art. 3 Rn. 2; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 401.

34 H.L., vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 347; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 3 Rn. 82 (zu Art. 3 Abs. 2 GG), 94 (zu Art. 3 Abs. 3 GG).

35 *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerden gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 207, 334; vgl. auch *Starck*, JZ 1996, 1033, 1039; *Berkemann*, DVBl. 1996, 1028, 1032 ff.; *Robbers*, NJW 1998, 935, 936. Nach *Berkemann*, a.a.O., 1033, r. Sp., liegt vier Fünftel aller Verfassungsgerichtsentscheidungen über Urteilsverfassungsbeschwerden die Schumann'sche Formel zugrunde.

sungswidrig. Man denke etwa an den Fall, dass ein Gericht eine Privatperson zum Verkauf des Grundstücks an die solventeste Person verurteilt. Der entscheidungstragende Grund sei, dass es sich bei allen anderen in Betracht kommenden Unterscheidungskriterien um sachwidrige Erwägungen handeln würde, deren Heranziehung im Hinblick auf die „Ausstrahlungswirkung“³⁶ des Art. 3 Abs. 1 GG in das Zivilrecht unzulässig sei. Die Entscheidung wäre evident verfassungswidrig, da die ihr zugrunde liegende ratio decidendi, als Norm gedacht, die grundgesetzlichen Freiheitsrechte weitgehend aushebeln würde.³⁷ Insoweit kommen die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte unmittelbar zur Anwendung.

bb) Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte

Zur Verdeutlichung der Wirkweise der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse sei nun ein Fall am anderen Ende der Skala gebildet. Das Gericht weist die Klage eines Angehörigen einer ethnischen Minderheit auf Schadensersatz nach § 826 BGB ab. Grund der Klage ist die rassistisch motivierte Weigerung eines Biergartenbetreibers, den Kläger zu bedienen. Man nehme an, dass das Gericht seine Entscheidung damit begründet, dass der Biergartenbetreiber im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG berechtigt sei, sich seine Vertragspartner nach Belieben auszusuchen. Die Entscheidung wäre ebenfalls verfassungswidrig, diesmal wegen Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG. Im Unterschied zum vorigen Fall ist hier jedoch nicht die Abwehrfunktion der Grundrechte, sondern ihre Schutzgebotsfunktion ausschlaggebend. Den Staat trifft nicht lediglich die Pflicht, verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Eingriffe in die Grundrechte der Bürger zu unterlassen (*Übermaßverbot*). Ihn trifft daneben die Handlungspflicht, den einzelnen gegen Beeinträchtigungen auch von Seiten Dritter zu schützen (*Untermaßverbot*).³⁸ Diese Funktion kommt im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG deutlich zum Ausdruck.⁴⁰

Da in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen sich immer zwei Grundrechtsträger gegenüberstehen, muss das Gericht notwendigerweise immer Übermaß- und Untermaßverbot gleichzeitig beachten. Soweit keine speziellen Eingriffsermächtigungen bestehen, übernehmen die zivilrechtlichen Generalklauseln diese Funktion.⁴¹ Von Bedeutung ist, dass die Schutzgebotsfunktion im Vergleich zur Abwehrfunktion der Grundrechte deutlich schwächer ist. Dies ergibt sich daraus, dass der Schutzpflichtgedanke lediglich eine

Prinzipienorm mit Verwirklichungstendenz⁴² darstellt, was einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Folge hat.⁴³ Verfassungsrechtlich gefordert ist insoweit nur, dass die öffentliche Hand das unabdingbare Schutzminimum nicht unterschreitet.⁴⁴

(1) Zur Schutzgebotsfunktion des Art. 3 Abs. 1 GG

Der Einzelne ist im Unterschied zum Staat nicht zur Gerechtigkeit im Sinne eines unparteiisch gleichmäßigen Verhaltens verpflichtet,⁴⁵ da damit die Vertragsfreiheit schlicht beseitigt wäre.⁴⁶ Damit ist das Problem einer nur eingeschränkten Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrechtsverkehr aufgeworfen. Aufgrund seiner logischen Struktur ist der Gleichheitssatz nämlich einer Abwägung eigentlich nicht zugänglich: Das Verbot, willkürlich seine Vertragspartner auszuwählen bzw. willkürlich unterschiedliche Konditionen mit ihnen zu vereinbaren, kann aus sich heraus entweder nur ganz oder gar nicht gelten. Allenfalls könnte daran gedacht werden, im Vergleich zu den Anforderungen an den Staat die Rechtfertigungsanforderungen Privater an vorgenommene Ungleichbehandlungen zu reduzieren.⁴⁷ Das ist allerdings bereits theoretisch nicht handhabbar, denn als geeigneter Maßstab für eine Unterscheidung zwischen zulässigen Auswahlkriterien und unzulässigen Auswahlkriterien kommt im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes allein die Willkür in Frage. Stets wäre also das Recht zur „Willkür“ (mit anderen Worten: zur Freiheit) im Ganzen in Frage gestellt, und damit die privatrechtliche Handlungsfreiheit unter den Generalvorbehalt sachlich nachvollziehbarer Entscheidungsfindung gestellt.⁴⁸ Eine Schutzgebotsfunktion des Art. 3 Abs. 1 GG ist mithin zu bestreiten.⁴⁹ Dass die Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG außerhalb des Arbeitsrechts⁵⁰ in der Vergangenheit kaum problematisiert wurde, dürfte zum einen daran

42 So Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 159, 174 = Der Staat 29 (1990) 1 ff. Zum Begriff vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 75 ff.

43 Vgl. BVerfG v. 30.11.1988, BVerfGE 79, 174, 201 f.; Wahl/Masing, JZ 1990, 553, 558; Dreier, in: Dreier, GG I, Vorb. vor Art. 1 Rn. 64.

44 Vgl. BVerfG v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203, 254.

45 Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 3 f., 98 f.

46 Dürig, in: Maunz/Dürig, GG I Art. 3 Abs. 1 Rn. 505 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 266; Bezenberger, AcP 196 (1996), 395, 403.

47 So Heun, in: Dreier, GG I, Art. 3 Rn. 62.

48 Dies übersieht Baer, ZRP 2002, 290, deren Vorwurf an die Gegenauffassung, dort bleibe das Gleichheitsrecht merkwürdig unterbelichtet, auf sie zurückfällt.

49 Ebenso Salzwedel, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss, 1964, S. 339, 347; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V § 111, Rn. 96; zweifelnd auch Heun, in: Dreier, GG I, Art. 3 Rn. 62. A.A. W. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 385 (unter Ablehnung einer unmittelbaren Bindung, vgl. S. 249 ff.); Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 3 Rn. 2, der den gleichwohl erkannten grundsätzlichen Vorrang der Freiheit durch eine bloß mittelbare Drittwirkung zu erreichen glaubt. Dem steht nach hier vertretener Auffassung die logische Struktur des Gleichheitssatzes entgegen.

50 Dazu BAG v. 28.3.1958, AP Nr. 28 zu Art. 3 GG; BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB; Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 10 Rn. 38; Buchner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 39 Rn. 82 f.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl. 2000, § 112 I 2, Rn. 2. Zum speziellen Problem der Bindung der Tarifvertragsparteien an den Gleichheitssatz vgl.

36 Kritisch zum Begriff der Ausstrahlungswirkung Lerche, Festschrift Odersky, 1996, S. 215, 216; Canaris, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, 1999, S. 30 ff.

37 Vgl. Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 61.

38 Der Begriff stammt von Canaris, AcP 184 (1984), 200, 228, und wurde vom BVerfG übernommen, vgl. BVerfG v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203, 254 ff.

39 Grundlegend BVerfG v. 25.2.1975, BVerfGE 39, 1, 42 ff. – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfG v. 15.10.1977, BVerfGE 46, 160 – Schleyer; BVerfG v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89 – Kalkar I; BVerfG v. 20.12.1979, BVerfGE 53, 30 – Mülheim-Kärlich; BVerfG v. 14.1.1981, BVerfGE 56, 54 – Fluglärm; BVerfG v. 28.5.1993, BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II. Zur Entwicklung vgl. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 159 ff. = Der Staat 29 (1990), 1, 12 ff.

40 Dazu Canaris, AcP 184 (1984), 201, 226.

41 Dazu ausführlich Wahl/Masing, JZ 1990, 553, 555 f., 559.

liegen, dass zunächst die Frage im Vordergrund stand, ob die Grundrechte unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung entfalten. Dabei handelt es sich jedoch, wie schon Alexy⁵¹ gezeigt hat, um ein bloßes Konstruktionsproblem, nicht um ein inhaltliches Problem. Zum anderen dürfte die Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts, beginnend mit der Lüth-Entscheidung,⁵² eine Rolle gespielt haben. Die Qualifizierung der Grundrechte als Teile einer objektiven Wertordnung, die auf das gesamte Recht ausstrahlt, ist in hohem Maße unscharf.⁵³ Sie verstellt den Blick auf den fundamentalen Strukturunterschied zwischen den Freiheitsgrundrechten auf der einen Seite und den Gleichheitsgrundrechten auf der anderen Seite. Dass die Freiheit des einen nicht zur Verhinderung der Freiheit des anderen führen darf, und der Gesetzgeber insoweit zum Handeln aufgefordert ist, ist im Grunde heute ein Banalitäts. Sie findet sich bereits in der berühmten Definition Immanuel Kants, nach der das Recht der Inbegriff der Bedingungen ist, „unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.⁵⁴ Dass das Gebot, Gleiches gleich zu behandeln und Verschiedenes seiner Eigenart nach verschieden, aus sich heraus grundsätzlich nur Gebilde treffen kann, denen keine Freiheit zukommt, ergibt sich dagegen erst, wenn man es in Bezug zur Freiheitsgewährleistung setzt. Wird demgegenüber pauschal auf die „Wertordnung“ abgestellt, die durch die Grundrechte objektiv vorgegeben sei, so geraten die wesentlichen Unterschiede bezüglich des möglichen Adressatenkreises der unterschiedlichen Grundrechtstypen aus dem Blickfeld.⁵⁵

Freilich bestehen auch im Privatrecht Gleichbehandlungsgebote. Verfassungsrechtlich geboten sind sie jedoch nur, wenn die andere Seite anderenfalls praktisch keine Chance zur Durchsetzung ihrer grundrechtlich geschützten Interessen hat.⁵⁶ Es geht mithin um Fälle des Missbrauchs privater Macht bei fehlender Ausweichmöglichkeit. Hieraus erklärt sich, dass das Gebot der Gleichbehandlung eine Bedeutung vor allem im Arbeitsrecht⁵⁷ und bei Monopolen⁵⁸ hat. Mit der Feststellung verfassungsrechtlich ge-

BVerfG v. 30.5.1990, AP Nr. 28 zu § 622, unter C I 6 der Gründe; BAG v. 4.4.2000, RdA 2001, 110; Sandmann, RdA 2002, 73, 78 ff.

51 Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 480 ff.

52 BVerfGE 7, 198 ff.

53 Kritisch auch Lerche, in: Festschrift Odersky, 1996, S. 215, 216, 218: „Ohne Zwang kann jedenfalls das Grundgesetz nicht zu einem Gesamtspiegelbild der nationalen Werteordnung aufgebauscht werden.“ Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 159, 169, weist auf das Problem hin, dass Intensität und Umfang der Ausstrahlungswirkung aus sich heraus unbestimmt ist.

54 Kant, Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B, Kant-Studienausgabe, Bd. IV, S. 337 (= A 33; B 33 f.).

55 Exemplarisch Baer, ZRP 2002, 290, deren Verteidigung des Diskussionsentwurfs von dem Ansatz ausgeht, „die verfassungsrechtlich vorgegebene Gleichrangigkeit von Freiheit und Gleichheit auch interpretatorisch zur Geltung zu bringen.“

56 Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 17. Aufl. 2001, S. 24, sprechen treffend von der „Schutzpflicht für das chancenlose Grundrecht“. Eine schwächere Wirkungskraft der Schutzpflicht nimmt auch Canaris (a.a.O., Fn. 33, S. 43 ff.) an.

57 Dazu die in Fn. 50 genannten Autoren sowie jüngst Wiedemann, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, m.w.Nachw.

58 Dazu Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 269; Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 15 ff.; Bezenberger, AcP 196 (1996), 395, 404 ff.

forderter Gleichbehandlung im Privatrecht ist indes noch nichts darüber ausgesagt, aus welchem „drittwirkenden“ Grundrecht des anderen Vertragsteils sich die Verpflichtung zur Gleichbehandlung ableitet. Da der allgemeine Gleichheitssatz zwischen Privaten nicht gilt, kommen allein Freiheitsrechte in Betracht. Dem entspricht es, dass außerhalb des Arbeitsrechts⁵⁹ zur Begründung eines Kontrahierungszwanges bzw. der Gleichbehandlung der Vertragspartner häufig gerade nicht der Gleichheitssatz herangezogen wird, sondern die allgemeine Handlungsfreiheit in ihrer Schutzgebotsfunktion. So erblickt Flume⁶⁰ den Grund des Kontrahierungszwangs im Falle von Monopolen in der anderenfalls eintretenden Fremdbestimmung des anderen durch das Vertragsunternehmen. Er ordnet den Kontrahierungszwang damit als ein Problem des Schutzes der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der anderen Seite ein. Ähnlich argumentiert Larenz⁶¹, wenn er darauf verweist, dass der auf die Leistung des Monopolunternehmens Angewiesene ohne Kontrahierungszwang in seiner Lebensführung oder seiner wirtschaftlichen Betätigung hart getroffen wäre. In die gleiche Richtung weist auch das wettbewerbsrechtliche Behinderungs- und Diskriminierungsverbot des § 20 GWB. Neben der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bezweckt § 20 GWB den Schutz der Handlungsfreiheit der Unternehmen.⁶² Die Differenzierungsverbote ergeben sich mithin nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG, sondern aus dem jeweils betroffenen Freiheitsgrundrecht des Vertragspartners, das zu schützen der Staat aufgerufen ist. Dies ist meist die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Im Bereich des Angebots lebenswichtiger Versorgungsgüter ist Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG heranzuziehen.⁶³ Im Einzelfall kann auch die Berufsfreiheit oder die Meinungsäußerungsfreiheit betroffen sein.

(2) Zur Schutzgebotsfunktion des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG

Komplexer stellt sich die rechtliche Situation im Bereich der besonderen Differenzierungsverbote dar. Soweit lediglich ihre Funktion als besondere Gleichheitsgewährleistungen betrachtet wird, gilt das zu Art. 3 Abs. 1 GG Gesagte entsprechend. Differenzierungen nach den in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG aufgeführten Merkmalen sind stets als willkürlich zu qualifizieren. Insoweit ist Art. 3 Abs. 2 und 3 GG lex specialis zu Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁴ Da aber den Privaten bereits kein allgemeines Verbot sachwidriger Behandlung seiner potentiellen Vertragspartner trifft, kann ihn ebensowenig ein auf bestimmte Differenzierungen beschränktes Verbot treffen. In den Begriffen der Mengenlehre ausgedrückt: Wenn Art. 3 Abs. 1 GG die Gesamtheit der Merkmale enthält, die eine willkürliche Differenzierung darstellen, und Art. 3 Abs. 2 und 3 GG einige dieser Merkmale aufzählen, so handelt es sich um eine Teilmenge des Art. 3 Abs. 1 GG. Wenn

59 Zur Herleitung des Gleichbehandlungsgebots im Arbeitsrecht vgl. die in Fn. 50 genannten Autoren sowie jüngst Wiedemann (Fn. 57), S. 9 ff.

60 Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, S. 613.

61 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 14. Aufl. 1987, § 4 I a, S. 43.

62 Vgl. Rixen, in: Frankfurter Kommentar, § 20 GWB 1999 (Stand: Juli 2001), Tz. 14. Zur erforderlichen Interessenabwägung nach § 26 Abs. 2 GWB a.F. vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Festschrift Odersky, 1996, 987 ff.

63 Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 269.

64 Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 3 Rn. 338.

aber das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG zwischen Privaten generell nicht gilt, dann muss das folgerichtig auch für bloße Präzisierungen des Willkürverbots gelten.

Damit ist jedoch wiederum nicht ausgesagt, dass die besonderen Differenzierungsverbote nicht auch im Privatrecht Geltung beanspruchen könnten. Denn mit der Qualifikation des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG als besondere Gleichheitsgebote ist ihr Norminhalt nicht vollständig erfasst. Im Unterschied zu dem grundsätzlich wertungsoffenen⁶⁵ Art. 3 Abs. 1 GG enthalten die Abs. 2 und 3 nämlich eine klare Wertung. Staatliche Differenzierungen hiernach berühren in der Regel die Menschenwürde des Betroffenen.⁶⁶ Die besonderen Differenzierungsverbote sind mithin auch und vornehmlich Konkretisierungen des Bekenntnisses zur Unantastbarkeit der Menschenwürde, zu deren Schutz der Staat gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG unmittelbar verpflichtet ist. Sedes materiae ist mithin auch im Bereich der besonderen Differenzierungsverbote nicht Art. 3 GG. Angesprochen ist vielmehr die Schutzgebotsfunktion des Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG, also das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁶⁷ Die insoweit verfassungsrechtlich gebotene Durchsetzung der Differenzierungsverbote ist strafrechtlich bereits durch § 130 StGB (Volksverhetzung) und § 185 StGB (Beleidigung) umgesetzt. Zivilrechtlich stehen die §§ 138, 226, 242, 823 Abs. 1 und 2 sowie 826 BGB zur Verfügung.

Der Aufwand, der hier betrieben wurde zur Analyse einer möglichen Drittwirkung des Art. 3 GG stellt keinesfalls eine bloße theoretische Trockenübung dar. Die Klärung der Frage hat vielmehr fundamentale Auswirkungen auf die Frage, wie weit der Gesetzgeber bei der Verpflichtung Privater zur Gleichbehandlung gehen darf. Übernimmt man unreflektiert die Wertordnungsformel des Bundesverfassungsgerichts, so muss man von einer irgendwie auch auf Private ausstrahlenden Wirkung des Gleichheitssatzes ausgehen. Grund und Grenzen der Ausstrahlung bleiben im Dunkeln; es fehlt jede Handhabe für eine weitere Konkretisierung. Dies ist denn auch der rechtsdogmatische Kern des Übels dieses Diskussionsentwurfs. Erkennt man dagegen, dass Gleichbehandlungsgebote im Zivilrecht lediglich Ausfluss der Schutzes von *Freiheitsrechten* oder des *Persönlichkeitsrechts* der anderen Seite sein können, so erhält man gleichsam automatisch den Maßstab einer verfassungsrechtlichen Überprüfung.

cc) Das Dreischichtenmodell

Betrachtet man den gesetzgeberischen Regelungsspielraum im Zivilrecht unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel, so sind mithin drei Schichten zu unterscheiden, die als Schutzgebotschicht, Gestaltungsschicht und Abwehrschicht bezeichnet werden können.

In einem engen Bereich ist der Gesetzgeber – und an seiner Stelle die Gerichte über die Generalklauseln – zum Schutze der durch andere Private bedrohten Grundrechtsausübung des Privaten zum Handeln verpflichtet. Diese *Schutzgebotschicht* ist dadurch gekennzeichnet, dass in Abwägung der kollidierenden Grundrechtsausübungen eine

⁶⁵ Der Gleichheitssatz selbst hält als „leere Form“ keine Bewertungsmaßstäbe bereit, vgl. Heun, in: Dreier, GG I, Art. 3 Rn. 29.

⁶⁶ Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG I, Art. 3 Abs. 1 Rn. 22, 29 ff.; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG I, Art. 3 Rn. 3, 82; Heun, in: Dreier, GG I, Art. 3 Rn. 62.

⁶⁷ S. auch Salzwedel (Fn. 49), S. 339, 347 ff.

Beschränkung des Freiheitsgrundrechts der einen Seite zum Schutze des materiell sonst „chancenlosen Freiheitsgrundrechts“ der anderen Seite erforderlich ist. Gestaltungsfreiheit besteht für den Gesetzgeber innerhalb dieser Schicht nur im Hinblick auf das Wie, nicht jedoch im Hinblick auf das Ob einer Regelung. Zu betonen ist jedoch, dass es sich auf beiden Seiten nur um *Freiheitsgrundrechte* handeln kann. Wie oben gezeigt, gilt der allgemeine Gleichheitssatz im Privatrecht weder unmittelbar noch mittelbar, sondern überhaupt nicht. Die besonderen Differenzierungsverbote gelten im Privatrecht nicht in ihrer Funktion als *leges speciales* zu Art. 3 Abs. 1 GG, sondern in ihrer Funktion als Konkretisierungen des Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG. Eine Handlungspflicht des Staates besteht mithin dort, wo Freiheitsbetätigungen der einen Seite zu einem faktischen Freiheitsverlust oder zu einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung der anderen Seite führen.

Das andere Ende der Schichten markiert die *Abwehrschicht*. Auch das Ziel, Freiheitsgrundrechte materiell gegen faktische Einschränkungen von Seiten Dritter zu sichern, rechtfertigt es nicht, zu diesem Zweck unverhältnismäßige Eingriffe in die Freiheitsgrundrechte der dadurch betroffenen anderen Grundrechtsträger vorzunehmen.

In der Mittelschicht, hier als *Gestaltungsschicht* bezeichnet, ist der Gesetzgeber im Rahmen legitimer Zwecksetzungen dagegen frei, private Rechtsverhältnisse zu Lasten der einen oder anderen Seite auszugestalten oder es aber nicht zu tun, und damit diesen Bereich vollständig privatautonomer Regelung zu überlassen. Aus dem Demokratieprinzip folgt freilich, dass diese Gestaltungsfreiheit allein dem Gesetzgeber, nicht aber den Gerichten zukommt. Anderenfalls wäre im übrigen jedes Rechtsverhältnis unter den Generalvorbehalt einer allgemeinen richterlichen Angemessenheitskontrolle gestellt; die Vertragsfreiheit wäre damit beseitigt.

b) Die Problematik des Diskussionsentwurfs

In der Verweigerung eines Vertragsschlusses, die aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft erfolgt, liegt regelmäßig eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die als Beleidigung (§ 185 StGB) strafbewehrt ist, zum Ersatz auch des immateriellen Schadens verpflichtet⁶⁸ (§§ 823 Abs. 1, 847 BGB) und den Diskriminierenden schadensrechtlich zum Vertragsschluss verpflichten kann (§§ 823, 826, 249 S. 1 BGB – Naturalrestitution). Der Diskussionsentwurf erfasst freilich auch Fälle, in denen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Benachteiligten nicht angenommen werden kann. Auch insoweit können Eingriffe in die Vertragsabschlussfreiheit allerdings gerechtfertigt sein, sofern eine allgemeine faktische Benachteiligung bestimmter Gruppen nachweisbar ist. Der Gesetzgeber schützt insoweit allerdings nicht Grundrechte der Benachteiligten, sondern setzt sozialpolitische Ziele um, und befindet sich dabei noch in der Gestaltungsschicht. Die Problematik des Diskussionsentwurfs liegt mithin nicht darin, dass er solche Diskriminierungen nun expressis verbis sanktioniert.⁶⁹ Es mag daher noch gerechtfertigt sein, im Hinblick auf den Folgenbeseitigungs-

⁶⁸ Ganz h.M., vgl. nur Soergel/Zeuner, BGB, Bd. 5/2, 12. Aufl. 1998, § 823 Rn. 102 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. auch Bezenberger, AcP 196 (1996), S. 395, 411 f., der auf die gesellschaftszerstörende Wirkung derartiger Diskriminierungen hinweist.

anspruch und den Entschädigungsanspruch (§ 319e BGB-DE) auf jegliches Verschuldenserfordernis zu verzichten. Insofern setzt der Diskussionsentwurf lediglich die RiL 2000/43 EG um. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten zwar nur zum Erlass von wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionen.⁷⁰ Sofern sich der deutsche Gesetzgeber aber dazu entschließt, schadenersatzrechtliche Sanktionen vorzusehen, ist er nach der Rechtsprechung des EuGH gehindert, den Anspruch von einem zusätzlichen Verschuldenserfordernis abhängig zu machen.⁷¹

Die verfassungsrechtliche Problematik des Diskussionsentwurfs liegt vielmehr in dessen Maßlosigkeit. Der Diskussionsentwurf dehnt die besonderen Differenzierungsverbote erheblich aus. Nicht nur Benachteiligungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft sollen verboten sein. In den Katalog des § 319a Abs. 1 BGB-DE sind zusätzlich noch das Geschlecht, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, das Alter sowie die sexuelle Identität aufgenommen. Erfasst ist dabei jeder Vertrag, der öffentlich angeboten wird. Zudem muss der Benachteiligte nur glaubhaft machen, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt. Dann tritt eine Beweislastumkehr ein.

Wendet man das oben skizzierte Dreischichtenmodell auf die vorliegende Regelungsmaterie an, so kann man zunächst festhalten, dass im Hinblick auf die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte angesichts der bereits vorhandenen zivilrechtlichen Vorschriften ein Handeln des Gesetzgebers nicht mehr geboten ist. Was den Schutz ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anbelangt, befindet sich keine der Gruppen in einer Situation, die den Gesetzgeber über das bereits vorhandene zivilrechtliche Instrumentarium hinaus verpflichten würde, ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot einzuführen. Fraglich ist daher allein, ob der Diskussionsentwurf sich vollständig im Bereich der mittleren Schicht, der Gestaltungsschicht bewegt, oder ob er unzulässigerweise in die dritte Schicht, die Abwehrschicht hineinreicht. Die Probleme können angesichts des begrenzten Raums jedoch lediglich exemplarisch benannt und angerissen, nicht jedoch erschöpfend abgehandelt werden.

aa) Die Untauglichkeit des Merkmals „Alter“

Betrachtet man die Merkmale, die Gegenstand der geplanten Regelung sind, so sticht als problematisch insbesondere das „Alter“ hervor. Was die allgemeine Handlungsfreiheit anbelangt, ist nicht ersichtlich, dass von Privaten vorgenommene Beschränkungen derzeit dazu führen, dass Menschen mit bestimmtem Alter generell von Gütern oder Dienstleistungen ausgeschlossen würden, ihnen der Markt mithin im Fall privater Beschränkung keine adäquaten Ausweichangebote böte. Im Hinblick auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zeigen die obigen Beispiele, dass in unzähligen Situationen mit einer Anknüpfung an das Alter keine Antastung der Menschenwürde verbunden ist, es sich vielmehr um ein Kriterium handelt, das sachliche Erwägungen in generalisierender Form abbildet. So trifft man die Neigung zu nächtlicher Ruhestörung typischerweise bei

70 Art. 15 S. 2 RiL 2000/43/EG bestimmt wörtlich: „Die Sanktionen, die auch Schadenersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

71 EuGH v. 22.4.1997, Rs. C-180/95, Slg. I-1997, 2195, Rn. 19 – Draehmpaehl. Hierzu Möllers, EuR 1998, 20 ff. m.w.N.

jüngeren Mietern an, und auch die Vermutung, dass die Vorstellungen junger Kinderbetreuer näher an der Lebenswelt der Kinder und den Erziehungsvorstellungen der jungen Eltern sind, ist nicht völlig abwegig.⁷² Da somit bereits kein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund ersichtlich ist, jedermann bei seinen privaten Geschäften eine Differenzierung nach dem Alter zu verbieten, ist ein derartiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit unverhältnismäßig.

bb) Die „weltanschauliche“ Einäugigkeit

Was das Merkmal der Weltanschauung anbelangt, so übersieht der Diskussionsentwurf, dass auch der Verpflichtete eine solche haben könnte. Da jedermann, nicht nur gewerblich Handelnde, das Differenzierungsverbot trifft, kann man sich zukünftig nicht mehr weigern, seine privaten Gegenstände an Personen zu veräußern oder zu vermieten, die eine diametral entgegengesetzte Weltanschauung haben. Man mag solche Leute für intolerant halten. Der mit der gesetzlichen Erziehung zur Toleranz verbundene Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 4 GG ist allerdings mit keinem Wort problematisiert. Im übrigen läge es in der Konsequenz des Gesetzesvorhabens, nunmehr umgekehrt auch weltanschaulich motivierte Boykottklärungen zu pönalisieren,⁷³ da nicht erkennbar ist, wieso die öffentliche Verweigerung des Angebots aus weltanschaulichen Gründen, nicht aber die öffentliche Verweigerung der Annahme eines Angebots aus solchen Gründen sanktionsbedürftig ist.⁷⁴ Das freilich geschieht (glücklicherweise!) nicht. Die Überlegung zeigt aber, dass den Entwurfsverfassern eine gewisse Einäugigkeit nicht abgesprochen werden kann. Mit der expliziten Übertragung des staatsgerichteten Gleichheitssatzes auf die öffentlich auftretenden privaten Anbieter von Verträgen meinen die Entwurfsverfasser, der Ausstrahlung der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes, insbesondere des Gleichheitssatzes Genüge zu tun. Dass sie dabei selbst Gleiches ungleich behandeln, und somit unmittelbar in Konflikt mit Art. 3 Abs. 1 GG geraten, ist ihnen wohl entgangen.

cc) Die Erfassung aller „öffentlich angebotener“ Verträge

Der Diskussionsentwurf erfasst die Begründung, Ausgestaltung und Beendigung aller Verträge, die „öffentlich angeboten“ werden (§ 319 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) BGB-DE). In der Begründung wird dazu ausgeführt, es würden hierzu auch Anzeigen in Tageszeitungen ausreichen; auch komme es nicht darauf an, wie groß die Öffentlichkeit ist, die angesprochen werde.⁷⁵ Ausweislich der Begründung zur Richtlinie soll damit den berechtigten Interessen am Schutz der Privatsphäre Rechnung getragen werden. Nach dem Dis-

72 Ob insoweit ein „sachlicher Grund“ im Sinne des strengen § 319 Abs. 1 Nr. 2 BGB-DE in Betracht kommt, ist durchaus zweifelhaft.

73 Zum Verbraucherboykott vgl. Möllers, NJW 1996, 1374 ff.

74 Zumindest aber ist das Problem aufgeworfen, warum der öffentlich Nachfragende nicht denselben Benachteiligungsverboten unterworfen ist. Jedenfalls erfasst die RiL 2000/43/EG derartige Benachteiligungen ausweislich des Art. 3 Abs. 1 lit. h) RiL 2000/43/EG nicht. Der Diskussionsentwurf ist diesbezüglich offener formuliert. Die Diskrepanz wirft die Frage auf, ob §§ 319a ff. BGB-DE europarechtskonform einschränkend nur auf Anbieter von Waren und Dienstleistungen anzuwenden wären.

75 Vgl. Begr. Diskussionsentwurf zu § 319a BGB-DE.

kussionsentwurf sind diese Interessen „auch in Deutschland durch die Grundrechte geschützt. Deshalb soll die Beschränkung übernommen werden.“⁷⁶

(1) Unentgeltliche Verträge

Zunächst fällt auf, dass das Benachteiligungsverbot nicht in den Titel 2 des dritten Abschnitts („Gegenseitiger Vertrag“, §§ 320 ff. BGB) eingeordnet ist, und somit auch unentgeltliche Verträge erfasst werden. Selbst derjenige, der seine Möbel oder Altkleider in einem Regionalblättchen schenkweise gegen Abholung anbietet, soll seiner Auswahlfreiheit beraubt werden. So verstößt es gegen das Benachteiligungsverbot („Religion und Weltanschauung“), die eigenen Gegenstände nur an katholische Organisationen zu verschenken. Auch die Frau, die im Blättchen der Schrebergartensiedlung anonciert, ihren Rasenmäher an andere Frauen zu verleihen („Geschlecht“), muss damit rechnen, dass ihr männlicher Nachbar den Leihvertrag notfalls einklagt, oder aber mit der fälligen Entschädigungszahlung einen eigenen Rasenmäher kauft. Als Zivilrechtler käme man nicht auf den Gedanken, Personen, die ihre Großzügigkeit mit einer gewissen Engherzigkeit verbinden, den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens zu machen.⁷⁷ Der Diskussionsentwurf dagegen verpflichtet den einzelnen dazu, seine Großzügigkeit ohne Ansehen der Person auszuüben; weltanschauliche, landsmannschaftliche oder geschlechtliche Präferenzen werden ihm untersagt. Die unbegrenzte Großherzigkeit mag höchste moralische Maßstäbe erfüllen. Die Einführung einer entsprechenden Pflicht dagegen verstößt sowohl gegen die allgemeine Handlungsfreiheit als auch gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Auch wenn man selbst im Hinblick auf unentgeltliche Geschäfte noch die Verfolgung eines legitimen Zwecks anerkennen wollte, so fehlt es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung doch an der *Erforderlichkeit* einer Einbeziehung. Durch Benachteiligungen beim Beschenken kann die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr nicht gefährdet werden.

(2) Nichtgewerbliche Anbieter

Fragwürdig ist ferner die Ausdehnung (nicht: Beschränkung!) auf alle öffentlich angebotenen Verträge, ohne an eine Unterscheidung zwischen gewerblichen und nichtgewerblichen Rechtsgeschäften zu denken. Der anbietende Privatmann will in der Regel *eine* Sache verkaufen oder vermieten, während der gewerbliche Verkäufer eine Vielzahl von potentiellen Kunden anspricht. Zu bedenken ist ferner, dass der einzelne zu dem von ihm angebotenen Gegenstand in der Regel einen persönlichen Bezug hat, was allerlei Schrulligkeiten im Falle eines Verkaufs bzw. einer Vermietung zur Folge haben kann. Eine verschuldensunabhängige Haftung, dazu noch kombiniert mit einer Beweislastumkehr, würde in einer Vielzahl von Fällen rechtstreue Bürger, deren Absicht es nicht war, andere in ihrer Persönlichkeit herabzusetzen, rechtlich zu sittenlosen Gesellen abstempeln. Dies gilt nicht in gleichem Maße für gewerbliche Anbieter. Da diesen in aller Regel an der Steigerung ihres Umsatzes gelegen ist, sind Benachteiligungen einzelner Gruppen sehr viel eher als Ausdruck einer ehrverletzenden Haltung interpretier-

bar.⁷⁸ Hinzu kommt bei Unternehmen mit mehreren Beschäftigten, dass die Aussagen auch auf die Angestellten des diskriminierenden Unternehmens ausstrahlen, die sich dem nicht erwehren können. Da eine verschuldensunabhängige Haftung, kombiniert mit einer Beweislastumkehr, im Bereich der nichtgewerblichen Anbieter zu oft den Falschen treffen würde, muss die Regelung jedenfalls insoweit als unverhältnismäßig eingestuft werden.

Zusammengefasst: Bereits die Rechtsgrundlage der Richtlinie 2000/43/EG ist zweifelhaft. Der Diskussionsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes ist mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren. Durch die inflationäre Aufstellung absoluter Differenzierungsverbote wird gleichsam durch die Hintertüre schrittweise der allgemeine Gleichheitssatz im Zivilrecht eingeführt und seine Nichtbefolgung mit bisher nicht gekannter Härte sanktioniert. Zur Rechtfertigung bedienen sich die Entwurfsverfasser der Zauberformel der objektiven Wertordnung. Eine auch nur im Ansatz ernst zu nehmende Auseinandersetzung mit konfligierenden Grundrechten findet nicht statt und kann auch nicht stattfinden, sofern man die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen Privaten bereits jetzt annimmt.⁷⁹ Der Diskussionsentwurf offenbart eine erschreckende Gleichgültigkeit gegenüber grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen.⁸⁰

II. Einschränkung der Vertragsbindung: das Widerrufsrecht

1. *pacta sunt servanda* und verbraucherrechtlicher Widerruf

Zu den elementaren Grundsätzen der Vertragsfreiheit gehört das im Zuge der Aufklärung von *Hugo Grotius* entwickelte Prinzip, dass Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*).⁸¹ Im deutschen Recht gibt es nur ganz wenige Ausnahmen, die es ermöglichen, sich vom Vertrag zu lösen, wie beispielsweise die Gestaltungsrechte der Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung.⁸²

Im Unterschied hierzu erlauben zwar nicht alle, aber doch einige Richtlinien die Rückgängigmachung des Vertrages, wie beispielsweise die Haustürwiderrufs-, Teilzeitwohnrechte-RiL und die Fernabsatz-RiL. § 361a BGB a.F. (jetzt § 355 BGB) sieht folglich seit 2000 auch den Widerruf einer Willenserklärung für die oben genannten

78 Das gilt bereits nicht mehr für *Bevorzugungen* bestimmter Gruppen. Man denke etwa an eine Kaufhausaktion, bei der Frauen ein Preisnachlass beim Erwerb bestimmter Produkte gewährt wird, um neue Käuferschichten zu erschließen. Man muss schon recht empfindlich sein, um sich hierdurch als Mann in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt zu fühlen.

79 Dies zugrunde gelegt, gibt die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf die *Anbieter* von Verträgen allerdings Rätsel auf.

80 Daher ist es nachvollziehbar, wenn sich *Braun*, JuS 2002, 424, einer Sachauseinandersetzung verweigert und den Entwurf mit beißender Polemik überzieht: „Deutschland wird wieder totalitär.“ *Säcker*, ZRP 2002, 286, spricht von der „Tugendrepublik der neuen Jakobiner“.

81 S. zu diesem Grundsatz und seinen römisch-rechtlichen Vorläufern *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts, Nachdruck 1954, S. 30; *Liebs*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1993, S. 259 ff.; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1992, S. 576 ff.; rechtsvergleichende Ausführungen bei *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 30.

82 Schon der Motivirrtum oder der verdeckte Kalkulationsirrtum berechtigen nicht mehr zur Anfechtung der Willenserklärung.

76 Begr. Diskussionsentwurf, unter A. 3. c).

77 Vgl. auch *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395, 416.

Vertragstypen vor. Neu ist damit die Aufhebung des Vertrages, ohne dass der Vertragspartner, der den Widerruf erklärt, hierfür einen rechtlich relevanten Grund geltend machen muss. Fraglich ist nun, ob dies, wie behauptet wird⁸³, dem Käufer ein sachlich nicht gerechtfertigtes Recht auf Motivirrtum, ein Reurecht, einräumt, ihm also die Möglichkeit gebe, vom Vertrag ohne Grund nach eigenem Gutdünken zurücktreten zu dürfen. Wird durch das Widerrufsrecht der Fernabsatz-RiL Deutschland zu einer riesigen Bücherei, wie man in den Zeitungen lesen konnte? Auch dem Widerrufsrecht des VerbrKrG etc. wurde vorgehalten, es widerspreche der Hunderte von Jahren alten Tradition des *pacta sunt servanda*, indem es dem Verbraucher ein Recht gebe, sich auch ohne Grund vom Vertrag zu lösen.⁸⁴ Verbraucherschutzrecht und Bürgerliches Recht würden sich damit widersprechen; es wäre also nur konsequent, das Verbraucherschutzrecht als Sonderprivatrecht zu verstehen und es durch Spezialgesetze zu regeln.

2. Die wirtschaftliche Selbstbestimmung als materieller Gerechtigkeitsgehalt des Widerrufsrechts

Ein Widerrufsrecht lässt sich allerdings durchaus mit dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* vereinbaren. Zum einen kann es dazu dienen, nicht ausreichend gegebene Information zu sanktionieren. Nach *Sinn und Zweck* schützt es vor einer zu frühen Vertragsbindung in besonderen Situationen, etwa einem übereilten Vertragsschluss als Folge von *Überrumpelung* beim Haustürgeschäft oder einem übereilten Vertragsschluss eines nicht in seinen Folgen überdachten⁸⁵ komplexen Verbraucher- oder Teilzeitwohnrechtvertrages. Sinnvoll erscheint in solchen Fällen die Verlängerung der Überlegungsfrist und damit eine cooling-off-period, um die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers sicherzustellen.⁸⁶ Wie beim Reise- oder Teilzeitwohnrechtvertrag kann der Verbraucher beim Fernabsatzgeschäft die Sache nicht vorher prüfen. Deshalb ist auch hier ein Widerrufsrecht angemessen, da es dem Verbraucher die Überlegungsfrist gibt, um nun entsprechend informiert, sich für oder gegen das Produkt zu entscheiden.⁸⁷ Schließlich sind erneute Verpackungskosten zurückgegebener Waren nun einmal der Preis dafür, dass der Fernabsatzverkäufer darauf verzichtet, die Sache dem Käufer zu präsentieren und damit die Mietkosten des Ladengeschäftes und gegebenenfalls Lagerhaltungskosten spart. Missbrauchsmöglichkeiten auf Seiten des

Käufers werden auch dadurch abgemildert, dass dieser bis zu einem Betrag von € 40,- die Rücktransportkosten der Kaufsache zu tragen hat.⁸⁸

Zum anderen finden sich auch *systematische* und *historische* Argumente für einen solchen Widerruf. Gesetzliche Widerrufsmöglichkeiten gab es bisher schon mit § 1 b Abs. 1 Abzahlungsgesetz (AbzG)⁸⁹, dem Vorläufer von § 7 VerbrKrG. Das Widerrufsrecht des Verbraucherkredits beruht damit nicht auf europäischen Vorgaben.⁹⁰ Widerrufsrechte sehen auch vor: § 4 FernunterrichtsschutzG, § 5a Abs. 1 S. 1 bzw. 8 Abs. 4 VersicherungsvertragsG oder im Kapitalmarktrecht § 11 AuslandsinvestmentsG und § 23 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften. Die Rechtsprechung hat den freien Widerruf zwar nicht ermöglicht, aber darüber hinausgehend Bürgschaftsverträge gegenüber Angehörigen als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB und deshalb nicht rechtsverbindlich angesehen.⁹¹ Im Ergebnis kam es deshalb zur Rückabwicklung des Vertrages. Gerade bei der Bürgschaft als Sicherungsmittel erscheint aber das zweiwöchige Widerrufsrecht als das flexiblere und geschicktere, weil den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigende, mildere Mittel.⁹² Es sollte deshalb de lege ferenda überlegt werden, dieses Instrumentarium auch auf die Bürgschaft auszudehnen.⁹³

Der Grundsatz der Vertragsbindung (*pacta sunt servanda*) wird also nicht durchbrochen, sondern ihm wird materiell erst zur Geltung verholfen, indem man die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers ermöglicht.⁹⁴

3. Der verbraucherrechtliche Widerruf als Vorbild des neu geregelten Rücktritts

Das neue Rücktrittsrecht vereinfacht die bisherige Rechtslage, indem es gleichermaßen für vertragliche und gesetzliche Rücktrittsrechte gilt. Überdies werden sämtliche Fragen des Verschuldens, die bisher das Rücktrittsrecht dominierten, relativiert, weil eine verschuldensunabhängige Wertersatzpflicht in § 346 Abs. 2 BGB eingeführt wurde.⁹⁵ Die Neuregelung folgt für die Wertersatzpflicht dem Modell der verbraucherrechtlichen Widerrufsrechte.⁹⁶

83 Schäfer, in: Grundmann (Fn. 105), S. 559, 567 für den Widerruf in der Fernabsatz-RiL. Zudem würden die mit der Rücksendung verbundenen Neuverpackungskosten die Kostenvorteile von Fernkäufen konterkarieren.

84 So beispielsweise noch Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1980, zum Widerrufsrecht des Abzahlungskaufs: „Das vertritt sich nur schwer mit dem Leitbild des mündigen Bürgers“.

85 Auf die Verlockungsgefahr abstellend bereits Heck, 21. DJT 1891, Bd. 2, S. 148 für den Abzahlungskauf und jetzt Canaris, AcP 200 (2000), 273, 349 f.

86 S. bereits Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. 1997, § 39.III., Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 466 ff.; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 344 ff.; W.H. Roth, JZ 2001, 475, 480 f.

87 W.H. Roth, JZ 2001, 475, 481.

88 S. Art. 6 Abs. 1 S. 2 Fernabsatz-RiL, umgesetzt durch § 361a Abs. 2 S. 3 BGB a.F. (jetzt § 357 Abs. 2 S. 3 BGB).

89 Eingefügt durch 2. Novelle zum AbzG v. 15.5.1974, BGBl. I 1169.

90 Das wird zum Teil übersehen, so z.B. Hübner, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 1995, Rn. 1056.

91 Zur Rechtsprechung BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (Honsell 565) = JZ 1994, 408 (Wiedemann); Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl. 2002, § 138 Rn. 37 ff.

92 S. Drexler (Fn. 86), S. 451, 531; Drexler, JZ 1998, 1046, 1053; jetzt auch Canaris, AcP 200 (2000), 273, 345.

93 Eine entsprechende Anwendung des VerbrKrG de lege ferenda fordern Drexler, JZ 1998, 1046, 1053; Hasselbach, JuS 1999, 329, 331 f.; Hommelhoff, FS 50 Jahre BGH, Bd. 2, 2000, S. 889, 905.

94 S. die Literatur in Fn. 92. Rechtshistorisch die Bindungen der Vertragsfreiheit betonend jüngst Hofer, Freiheit ohne Grenzen, 2001.

95 S. Hager, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar zum Schuldrecht, 2002, § 346 Rn. 26 f.

96 Palandt/Heinrichs, Ergänzungsband zum BGB, 61. Aufl. 2002, vor § 346 Rn. 3; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn. 420.

III. Einfluss auf die Gestaltungsfreiheit: Informationspflichten im Rahmen der Vertragsanbahnung

1. Informationspflichten in europäischen Richtlinien

Auf römisches Recht geht der Grundsatz *Emtor curiosus esse debet*, zurück.⁹⁷ Grundsätzlich gilt, dass jeder sich die für ihn wesentlichen Informationen beschaffen muss und damit keine Informationspflicht der anderen Seite besteht.⁹⁸ Der Verkäufer muss beispielsweise den Käufer nicht darüber aufklären, dass die Konkurrenz die Kaufsache billiger veräußert. Konsequenterweise finden sich im BGB bisher auch kaum Informationspflichten. Im Gegensatz dazu sehen die europäischen Richtlinien zahlreiche gesetzlich normierte Informationspflichten vor, die teilweise vorvertraglicher, teilweise vertraglicher Natur⁹⁹ sind. Solche Pflichten finden sich für den Verbraucherkredit-, den Reise- sowie für den Teilzeitwohnrechte- und Fernabsatzvertrag.

Dem liegt das Leitbild des mündigen, aufgeklärten Verbrauchers zugrunde,¹⁰⁰ der aufgrund der vorhandenen Informationen eine Entscheidung treffen kann¹⁰¹. Ein Prospekt kann dem Verbraucher bei der Entscheidung helfen, ob er den Vertrag eingehen soll. Informationspflichten bei der Vertragsdurchführung dienen der Vertragstransparenz. Informationspflichten scheinen deshalb als angemessen, weil der Verbraucher die Unterkunft oder die Kaufsache, bei Abschluss des Reise-, Teilzeitwohnrechte- oder Fernabsatzvertrages vorab nicht prüfen kann. Die Informationspflichten der Richtlinie sollen schließlich vor negativen Überraschungen schützen und die Vergleichbarkeit von Produkten ermöglichen. Das verdeutlicht beispielsweise Art. 4 Abs. 2 Verbraucher-RiL, der die Angabe des effektiven Jahreszinses für einen Kredit verlangt. Auf diese Weise wird dem Darlehensnehmer die Gesamtbelastung klar vor Augen geführt.

2. Einpassung in das bisherige System

Selbst wenn nordische Staaten bei der Normierung von Informationspflichten einen höheren Standard ausweisen als das deutsche Recht, hat auch die *Rechtsprechung* in Deutschland inzwischen zahlreiche Informationspflichten statuiert. Solche Pflichten

können nicht nur für den Gebrauchtwagen- oder den Hausverkäufer im Verhältnis zum Käufer bestehen, sondern auch für Banken im Verhältnis zu ihren Kunden.

3. Strukturierung der Informationspflichten

Ökonomisch betrachtet ist eine Ausdehnung von Informationspflichten im Lichte der wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers so lange zu fordern, wie die Transparenz zunimmt.¹⁰² In der Literatur wurde dazu ein *Bewegliches System* entwickelt bestehend aus Informationsbedarf, Möglichkeit der Information und dem Funktionskreis des potentiell Informationspflichtigen.¹⁰³ Im Gegensatz dazu arbeitet das Informationsmodell der europäischen Verbraucherschutzgesetze mit einem starren Tatbestandssystem. Die Normen sind derart präzise gefasst, dass der verbleibende Auslegungsspielraum eng begrenzt ist; paradigmatisch ist § 4 VerbrKrG (§ 492 BGB n.F.).¹⁰⁴ Dieses System steigert zwar die Rechtssicherheit. Die Grenzen des Informationsmodells werden aber dann erreicht, wenn der Verbraucher die Information nicht mehr verarbeiten kann.¹⁰⁵ *De lege ferenda* gilt es ein Übermaß an Informationen auf ein angemessenes Maß zurückzufahren: Statt zu vieler Einzelposten sollten vor allem die für den Verbraucher besonders relevanten Informationen hervorgehoben werden.¹⁰⁶

IV. Veränderung der Gestaltungsfreiheit durch zwingendes Recht am Beispiel der Verjährungsfrist für gebrauchte Sachen, § 475 Abs. 2 letzter Hs. BGB

1. Gestaltungsfreiheit und zwingendes Recht

Die Vertragsfreiheit erlaubt den Parteien, über Gegenstand und Preis, den *essentialia negotii* eines Vertrages zu verhandeln; sie schließt aber auch Verhandlungen über die Nebenbestimmungen eines Vertrages, den *accidentalia negotii*, wie Lieferungsfristen, Gefahrübergang, Verjährung, ein. Diese Gestaltungsfreiheit wird den Vertragsparteien genommen, wenn die Gesetzesnormen als zwingendes Recht formuliert sind, wie dies

102 Drexel (Fn. 86), S. 429. Kritisch gegen dieses Informationsmodell aber Honsell, JZ 2001, 278.

103 Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, § 13; zustimmend Roth, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl. 2001, § 242 Rn. 271; Emmerich, in: MünchKomm, BGB, 4. Aufl. 2001, vor § 275 Rn. 79. Hierzu Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 2. Aufl. 2002, S. 97 f.; Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2000; Fleischer, ZEuP 2001, 772 ff.

104 Leisch, Rechtsnatur und Inhalt der Informationspflicht des § 31 WpHG, (Diss. Augsburg), 2002, S. 145 ff.

105 Für die Teilzeitwohnrechte-RiL Martinek, in: Grabitz/Hilf/Wolf (Hrsg.) (Fn. 99), A.13 Vorb. Rn. 78: „Informationsbombardement“; Martinek, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 511, 522 ff.; Schäfer, in: Grundmann, S. 559, 566 f. Für die Fernabsatz-RiL und die Verbraucherkredit-RiL Honsell, JZ 2001, 278. Für die deliktsrechtlichen Informationspflichten Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 250 m.w.Nachw.

106 So ist die Angabe des effektiven Jahreszinses bei der Verbraucherkredit-RiL besonders hilfreich. Martinek, in: Grundmann (Fn. 105), S. 511, 529 fordert deshalb für Teilzeitwohnrechteverträge die Angaben des Gesamterwerbspreises sowie die jährliche Gesamtbelastung, während nach jetziger Rechtslage nur die Einzelposten angegeben werden müssen.

97 Der Käufer muss neugierig sein, Dig. 41,3 14 pr. (Paulus).

98 Für den Erwerb von Aktien beispielsweise BGH 13.7.1983, NJW 1983, 2493, 2494; Möllers/Leisch, JZ 2000, 1085.

99 S. beispielsweise Art. 3 und 4 Pauschalreise-RiL, Tonner, in: Grabitz/Hilf/Wolf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. 3: Sekundärrecht, Loseblatt 2000 ff., A.12 Art. 3 Rn. 23 ff. Vertiefend beispielsweise Lecheler, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsrechts, 2 Bde., Loseblatt 2000, H.V. Rn. 44 ff.

100 Die Information stellt gegenüber dem Verbot die weniger eingreifende Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG dar, s. EuGH, Slg. 1990, I-667 Tz. 14 ff. = EuZW 1990, 222 – INNO; EuGH, Slg. 1984, 1299 – Prantl; Dausen, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des Wirtschaftsrechts, 2 Bde., Loseblatt 2000, C.I. Rn. 155; umfassend Niemöller, Das Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung des BGH und des EuGH 1999, S. 168 ff. Diesem Schutz dient auch die RiL 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung v. 10.9.1984, ABl. EG Nr. L 250, 17 geändert durch RiL 97/55/EWG v. 6.10.1997, ABl. EG Nr. L 290, 18.

101 Zur Theorie des Informationsmodells s. Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983.

beispielsweise bei der Formvorschrift zum Grundstücksvertrag in § 311b BGB der Fall ist. Verbraucherschutzbestimmungen verbieten abweichende Individualbestimmungen aber nun regelmäßig nur „halbseitig“, nämlich nur, soweit sie gegenüber dem Verbraucher vereinbart wurden. Entsprechende europäische Vorgaben finden sich beispielsweise in Art. 5 Abs. 3 Pauschalreise-RiL, Art. 12 Produkthaftungs-RiL, Art. 14 Verbraucherkredit-RiL, Art. 8 Teilzeitwohnrechte-RiL, Art. 12 Fernabsatz-RiL und der Verbrauchsgüterkaufs-RiL. So bestimmt Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufs-RiL, dass alle Vereinbarungen zwischen Unternehmer und Verbraucher unwirksam sind, welche die in der Richtlinie gewährten Rechte ausschließen oder einschränken; dies gilt unabhängig davon, ob es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen oder Individualabreden handelt. Maximal darf die zweijährige Verjährungsfrist beim Kauf gebrauchter Güter auf ein Jahr reduziert werden. Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufs-RiL wurde durch § 475 Abs. 2 letzter Hs. BGB umgesetzt.

Canaris hat hierfür markige Worte gefunden: Eine solche Beschränkung der Privatautonomie sei unverhältnismäßig und verfassungswidrig, in Wahrheit „ohne einleuchtenden Gerechtigkeitsgrund“, ja letztlich „illiberal wie unsozial“ und von „spießbürgerlichem Paternalismus“.¹⁰⁷ Mit dieser Kritik steht er nicht alleine da.¹⁰⁸ Inhaltlich wurde vorgetragen, die Unzulässigkeit einer Haftungsbeschränkung würde beispielsweise die Gebrauchtwagenmärkte austrocknen oder zumindest die Preise erhöhen; sie sei im Ergebnis eine kostensteigernde Zwangsversicherung.¹⁰⁹

2. Die Verjährungsfrist für gebrauchte Sachen, § 475 Abs. 2 letzter Hs. BGB

Im Folgenden soll versucht werden, diese „Fundamentalkritik“ zu widerlegen.

a) Das Äquivalenzinteresse des Käufers an einer mangelfreien Sache

Die Verlängerung der Verjährungsregeln verteuert das Produkt und stellt richtigerweise auch eine Zwangsversicherung dar; der Versicherungsgedanke ist den zwingenden Gewährleistungsansprüchen immanent. Dem Kaufvertrag liegt das typische *do ut des* zugrunde. Für eine entsprechende Leistung möchte der Käufer die vereinbarte Gegenleistung erhalten. Bei einem Fehler ist dieses Äquivalenzinteresse gestört. Die Gewährleistungsrechte schützen den Käufer aber vor der Störung des Äquivalenzverhältnisses: sie sollen sicherstellen, dass der Käufer für den gezahlten Kaufpreis seine Gegenleistung erhält.

107 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 362 ff.; ihm folgend Pfeiffer, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 481, 492.

108 Vorher schon Medicus, ZIP 1996, 1925, 1929 f.; Micklitz, EuZW 1997, 229, 235; Kircher, ZRP 1997, 290, 293; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 860; Gsell, 7 Eur.Rev.P.Law 151, 169 f. (1999); Gsell, JZ 2001, 65, 75; Martinek, in: Grundmann (Hrsg.) (Fn. 105), S. 511, 541; positiver aber Schlechtriem, JZ 1997, 441, 444; Tonner, BB 1999, 1769, 1773.

109 Van den Bergh, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Effiziente Verhaltensteuerung und Kooperation im Zivilrecht, 1997, 77 ff.; Schäfer, in: Grundmann (Hrsg.) (Fn. 105), S. 559, 563; Martinek, in: Grundmann (Hrsg.) (Fn. 105), S. 511, 537.

Nur konsequent ist es, dass der Gesetzgeber mit § 433 Abs. 1 S. 2 BGB eine neue Hauptpflicht des Verkäufers schafft: Dieser hat dem Käufer die Kaufsache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.¹¹⁰

Nach bisherigem Recht schränkte die sechsmonatige Verjährungsfrist die Durchsetzbarkeit der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche deutlich ein. Schlagende Argumente für diese kurze Verjährungsfrist waren nicht ersichtlich. Das neue Recht korrigiert diese Schieflage: Es entspricht deshalb der herrschenden Meinung¹¹¹, dass eine *Verlängerung der Verjährungsfrist von sechs Monaten auf zwei Jahre* für beide Parteien sachgerecht ist.¹¹²

b) Rechtsschutz durch AGB-Kontrolle

Im Bereich der Verbrauchsgüterkaufverträge sind die Verjährungsfristen des § 438 BGB zwingend, nur für den Kauf gebrauchter Sachen ist eine Abkürzung auf ein Jahr möglich. Auch das ist entgegen der Ansicht von Canaris sachgerecht.

Üblicherweise hat der Käufer im Gebrauchtwagenmarkt einen deutlich geringeren Kenntnisstand über das Fahrzeug als der Verkäufer. Folglich gilt die Verbrauchsgüterkaufs-RiL auch nur im Verhältnis Unternehmer – Verbraucher,¹¹³ weil, wie die Erfahrung zeigt, Käufer und Verkäufer keine annähernd gleichwertige Verhandlungsposition haben und die Gefahr besteht, dass die Schutzbestimmungen zu Lasten des Käufers abbedungen werden.

Es geht vor allem um die Frage, ob durch vertragliche Vereinbarungen die Verjährungsfrist verkürzt und damit das subjektive Äquivalenzinteresse ausgehebelt werden darf. Sofern dies durch *Allgemeine Geschäftsbedingungen* möglich wäre, bedeutete dies, dass die durch den Gesetzgeber geplante verlängerte Verjährungsfrist zur reinen Symbolgesetzgebung degradiert würde. Folglich konnte schon nach bisherigem Recht die sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 11 Nr. 10 a) AGBG nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verkürzt werden. Auch dieser Norm lag der Regelungszweck zugrunde, dass eine Aushöhlung der Gewährleistungsansprüche das subjektive Äquivalenzinteresse in Frage stellt.¹¹⁴ Nach neuer Rechtslage sind die Verjährungsfristen des

110 S. Palandt/Putzo, Ergänzungsband zum BGB, 61. Aufl. 2002, § 433 Rn. 21.

111 BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Schuldrechtskommission, 1992, S. 23 ff. Selbst die Kritiker der Schuldrechtsmodernisierung erachten die Verlängerung der Verjährungsfrist als sachgerecht, s. z.B. Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 861; Schäfer, in: Grundmann (Hrsg.) (Fn. 105), S. 559, 565; Medicus, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, 2000, S. 219, 227; Jorden/Lehmann, JZ 2001, 952, 962 m.w. Nachw. in Fn. 105.

112 Dass die Verlängerung der Verjährungsfrist angemessen ist, verdeutlicht schon ein Blick in die Rechtsgeschichte: Die Verjährungsfrist der Minderungsklage (*actio quanti minoris*) war schon vor 2000 Jahren mit einem Jahr doppelt so lang wie die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 477 BGB a.F. Längere Verjährungsfristen kennen z.B. England, Irland, Niederlande, Schweden oder Finnland.

113 Verkäufer ist nach Art. 1 Abs. 2 lit. c) Verbrauchsgüterkauf-RiL jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Vertrags im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit Verbrauchsgüter verkauft. Umgesetzt durch § 474 Abs. 1 BGB.

114 Palandt/Heinrichs (Fn. 91), § 11 AGBG Rn. 46; Erman/Werner, BGB, 10. Aufl. 2000, § 11 Nr. 10 Rn. 1 betont den hohen Gerechtigkeitsgehalt der Regelung.

§ 475 Abs. 2 BGB zwingendes Recht: die Klauselverbote des § 309 Nr. 8 b) BGB werden damit in ihrem Anwendungsbereich weitgehend gegenstandslos.¹¹⁵

c) Zwingendes Recht und Individualvereinbarung

Damit bleibt drittens nur noch die Fallkonstellation übrig, dass die Verjährungsfrist im Verhältnis Unternehmer zum Verbraucher mittels Individualvereinbarung abbedungen werden soll.¹¹⁶ Der Verkäufer kennt das Kraftfahrzeug nicht näher und möchte deshalb ungern Gewährleistungsrechte einräumen. Der sachkundige Käufer, ein Kfz-Mechaniker¹¹⁷ oder ein Leasingnehmer, die Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sein müssen¹¹⁸, möchte das Kraftfahrzeug besonders billig erwerben und ist deshalb bereit, auf die ihm zustehenden Gewährleistungsrechte zu verzichten. Eine zwingende Verjährungsfrist bedeutet einerseits einen Eingriff in Marktmechanismen. Gebrauchte Produkte ohne Gewährleistungsansprüche („gekauft wie gesehen“) können von gewerblichen Verkäufern nicht mehr angeboten werden, und gebrauchte Kraftfahrzeuge werden teurer.¹¹⁹ Andererseits mag man schon zweifeln, ob ein Aushandeln wirklich ein zwischen den Parteien freies Aushandeln der Bedingungen darstellt.¹²⁰ Die Problematik der Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien kann also weiterhin bestehen.¹²¹ Selbst wenn in solchen Fällen die Rechtsprechung helfen sollte, kann auch im Falle prozeduraler Vertragsgerechtigkeit das Festhalten an der Verjährungsfrist sinnvoll sein. Die künftige Rechtslage ist der jetzigen Rechtslage aus zwei Gründen überlegen:

Wer einem Ausschluss der Gewährleistungsrechte das Wort redet, unterschlägt, dass das bisherige Recht bisher oft zu Friktionen führte, weil der Verkäufer Mängel verschwie, aber der Käufer die Kenntnis des Verkäufers von dem Mangel nur schwer beweisen konnte. Die gesetzliche Rechtslage führte also zu einem Verhalten, das vom Grundsatz her nicht nur dem Äquivalenzinteresse widersprach, sondern auch ökonomisch nicht effizient war: Der Unternehmer verschwie seine Information, und der Käufer musste sich mit zusätzlichen Kosten erst die Information beschaffen.¹²² In zahlreichen Entscheidungen hat die Rechtsprechung mühsam versucht, dem Käufer zu helfen,

indem sie dem Verkäufer umfangreiche Untersuchungs- oder Aufklärungspflichten auferlegte.¹²³

Im Gegensatz dazu trägt eine zwingende Gewährleistungspflicht dem oben genannten Äquivalenzprinzip Rechnung und berücksichtigt das eingangs beschriebene Informationsmodell. Der Unternehmer, der gegenüber dem Verbraucher typischerweise einen Informationsvorsprung besitzt, muss diesen an den Verbraucher weitergeben.¹²⁴ Eine solche Informationsweitergabe muss nicht mühsam im Prozess erstritten werden, sondern erfolgt, weil der Unternehmer daran ein unmittelbares Interesse hat: Mit dem Hinweis auf den Mangel kann er, wie Art. 7 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkauf-RiL verdeutlichen, einer Haftung entgehen.¹²⁵ Ein solches Informationsmodell ist ökonomisch sinnvoll, weil es denjenigen verpflichtet, der in der Regel über die einschlägige Information verfügt. Mit der neuen Rechtslage wird auch die umfangreiche Rechtsprechung weitgehend gegenstandslos, wann der Verkäufer über sog. „versteckte“ Mängel aufzuklären hat.

d) Angemessene Lösung verbleibender Fälle

Die von *Canaris* und *Martinek* gebildeten Fälle des Kfz-Mechanikers und des Leasingnehmers, sind *Ausnahmefälle*, in denen ausnahmsweise der Käufer einen Informationsvorsprung gegenüber dem Unternehmer als Verkäufer besitzt: Der Leasingnehmer, der das Fahrzeug mehrere Jahre gefahren hat, kennt es besser als der Verkäufer. Vordergründig scheint hier ein Haftungsausschluss für den Käufer interessengerechter, weil er den Wagen ohne entsprechende Haftung preiswerter erwerben kann.

aa) Die Vereinbarung über die vertragsgemäße Beschaffenheit gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB

Zum Teil wurde vorgeschlagen, die vertragsgemäße Leistung rein subjektiv zu bestimmen.¹²⁶ Einen Ansatz hierfür bietet § 434 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach vorrangig die vereinbarte Beschaffenheit entscheidend für die Feststellung eines Sachmangels ist.¹²⁷ Der Kfz-Käufer, der versteckte Mängel in Kauf nimmt, weil er sie reparieren kann, kann durch Parteiaabsprachen versteckte Fehler ausschließen, indem er beispielsweise die Fahrtüchtigkeit ausdrücklich ausschließt oder das Fahrzeug „zum Ausschachten“ kauft; Fahrtüchtigkeit kann man dann nicht mehr erwarten. Dem Käufer wird vor Augen geführt, dass er dann keine Gebrauchstauglichkeit der Sache mit einer Gewährleistungsfrist von einem Jahr erwarten kann. Im Ergebnis wird mit der neuen Rechtslage dem Informationsinteresse der Parteien und damit letztlich dem Äquivalenzinteresse in stär-

115 *Westermann*, NJW 2002, 241, 251; *Schwab*, JuS 2002, 1, 6. Danach ist die Verkürzung der Verjährungsfrist auf maximal ein Jahr zulässig. Damit geht einher, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Steuerung der Vertragsgerechtigkeit wieder verstärkt über das Kaufrecht stattfindet, statt wie früher, über § 9 AGBG sichergestellt wird, Begr. RegE. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drs. 14/6040, S. 80.

116 Zwischen Verbrauchern ist eine solche Individualabrede ohne weiteres möglich.

117 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 362.

118 *Martinek*, in: Grundmann (Hrsg.) (Fn. 105), S. 511, 537; vorher auch schon *Medicus*, ZIP 1998, 1925, 1930.

119 So jetzt *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 363 Fn. 315.

120 Mit der neuen Rechtslage entfällt der Streit, ob die Klausel noch als „ausgehandelt“ oder bereits als allgemeine Geschäftsbedingung zu werten ist, s. hierzu *Palandt/Heinrichs* (Fn. 91), § 24a Rn. 9.

121 Angedeutet bei *Medicus*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), (Fn. 111), S. 219, 224: Wenn Vorschriften abdingbar sind, besteht die Gefahr, dass der zu Schützende weithin zu einem Verzicht gedrängt wird; *Jorden/Lehmann*, JZ 2001, 952, 963.

122 Indem er beispielsweise nach dem Kauf durch einen Werkstatttermin erfuhr, dass es sich um einen Unfallwagen handelte.

123 Hierzu die Nachweise bei *MünchKomm/Kramer*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 123 Rn. 18 ff.; *Palandt/Heinrichs* (Fn. 91), § 123 Rn. 11; *Erman/Palm* (Fn. 114), § 123 Rn. 18.

124 S. oben II.4.a).

125 Der Käufer ist auch nicht mehr schutzwürdig, weil er den Mangel kennt, s. bereits § 460 S. 1 BGB a.F. (jetzt § 442 Abs. 1 BGB).

126 In diese Richtung bereits KOM (95) 520 endg. 13 = ABl. EG Nr. C 307, 8; *Medicus*, ZIP 1996, 1925, 1930; *Rieger*, VuR 1999, 287, 288; *Grundmann*, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), (Fn. 111), S. 281, 297;

127 *S. Schubel*, JuS 2002, 313, 315.

kerem Maße Rechnung getragen als nach bisherigem Recht. Während der Verkäufer bisher Mängel verschwiegen, um das Kraftfahrzeug teurer zu verkaufen, deckt er sie jetzt auf, um nicht der Gewährleistung zu unterliegen.

Allerdings ist diesem Weg eine Grenze gesetzt: Das Umgehungsverbot des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB verbietet, dass die festen Verjährungsfristen durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden: Eine solche Umgehung läge beispielsweise vor, wenn man ein dreijähriges Kraftfahrzeug mit geringer Laufleistung als „schrottreif“ bezeichnen würde.

bb) *Ausschluss der Gewährleistung bei Kenntnis des Mangels, §§ 442 Abs. 1, 475 Abs. 2 BGB*

Weder der Kfz-Mechaniker noch der Leasingnehmer haben ein Interesse an einem Risikogeschäft, sondern wollen vor allem ihr Äquivalenzinteresse durchgesetzt sehen. Beide werden das Fahrzeug eingehend untersuchen und den Verkäufer auf Mängel hinweisen, um damit den Kaufpreis zu reduzieren. Fehler, die sie erkannt haben oder hätten erkennen können, unterliegen nicht der Gewährleistung, wie § 442 Abs. 1 BGB verdeutlicht.

Im Ergebnis ist die neue Rechtslage durchaus sachgerecht. Auch die Gebrauchtwagenhändler begrüßen diese Regelung, kann die Kfz-Branche doch endlich den Ruf des „Unseriösen“ ablegen.¹²⁸ Die Regelung ist deshalb mitnichten ohne „einleuchtenden Gerechtigkeitsgrund“. Dass halbzwingendes Recht dem BGB durchaus bekannt ist, zeigen im übrigen zahlreiche Regeln des Miet-¹²⁹ und des Arbeitnehmerschutzrechts. Auch die gesamte Regelung des Reisevertragsrechts ist nach § 651i BGB zwingend, obwohl die Pauschalreise-RiL einen solchen zwingenden Charakter nur für die Haftungsvorschriften vorsieht.

V. *Mehrspurigkeit des Deliktsrechts*

Durch die Schuldrechtsmodernisierung wurde das Vertragsrecht modernisiert. In einem zweiten Schritt könnte man dann daran denken, auch das Deliktsrecht zu modernisieren. Inhaltlich müsste man dazu das Dogma der „Zweispurigkeit von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung“¹³⁰ überwinden, das heute von der herrschenden Ansicht wohl als überholt angesehen wird.¹³¹ Weil das österreichische Produkthaftungsgesetz mit einem Hinweis auf die allgemeinen Normen Schmerzensgeld zulässt, sind dort bis zum Jahre 2000 schon 25 höchstinstanzliche Entscheidungen zum Produkthaftungsgesetz ergangen.¹³² Der deutsche Gesetzesbeschluss des Bundestages, der auch für die Gefährdungshaftung Schmerzensgeld vorsieht,¹³³ weist in die richtige Richtung; vielleicht könnte das deut-

128 Volk, auto, motor und sport, Gebrauchtwagen 2002, S. 150

129 Zu nennen sind beispielsweise §§ 537 Abs. 3, 554 Abs. 3 Nr. 3, 557 Abs. 4 BGB.

130 Esser, Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129 ff.

131 S. die Nachweise bei Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 114; weiterführend Jansen, ZEuP 2001, 30, 54.

132 Instrukтив der Überblick von Posch, ZEuP 2001, 595 m.w.Nachw.

133 S. oben Fn. 10 f.

sche ProdHaftG dann eine späte Anerkennung erfahren.¹³⁴ Formal wäre daran zu denken, auch die Produkthaftungs-RiL bzw. das ProdHaftG in das BGB zu integrieren, wie dies beispielsweise die Niederlande¹³⁵ und Frankreich¹³⁶ vorgeführt haben.

C. *Ausblick*

Klares und einfaches Recht sollte der nationale Gesetzgeber als Wettbewerbsvorteil betrachten und als Chance, alte Verkrustungen aufzubrechen.¹³⁷ Italien¹³⁸, die Niederlande¹³⁹ und die Schweiz¹⁴⁰ haben mit ihren Gesetzbüchern gezeigt, dass auch in einem demokratischen Staatswesen Zivilgesetzbücher mit modernen Verbraucherelementen möglich sind. Der Kodifikationsgedanke war in Deutschland bis in die jüngste Vergangenheit tot¹⁴¹; man prognostizierte die dauerhafte Abschiebung des Verbraucherschutzrechtes als Sonderprivatrecht in zahllose Sondergesetze¹⁴². Diese Tendenz hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in einem mutigen Schritt durchbrochen: Verbraucherschutzrecht ist Teil des Allgemeinen Rechts¹⁴³, ist doch jeder Bürger auch Verbraucher, soweit er nicht gewerblich auftritt.

Neben der Vereinfachung ist auch die Modernisierung verschiedener überkommener Rechtsprinzipien als Vorteil für ein Vorpreschen des nationalen Gesetzgebers zu nennen. Bei der Einführung eines europäischen Produkthaftungs-, Handelsvertreter- oder Umwelthaftungsrechts¹⁴⁴ konnte man sich an deutschen Vorbildern orientieren; es bestehen gute Chancen, dass dies auch für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gilt. Wie schon das moderne niederländische Bürgerliche Gesetzbuch könnte sich auch das deutsche BGB als Exportschlager erweisen.

134 Ein nationaler Schmerzensgeldanspruch ist möglich, auch wenn dies die Produkthaftungs-RiL nicht vorsieht, weil strengeres nationales Recht zulässig ist.

135 Art. 6: 185 – 193 BW.

136 Art. 1386-1 - 1386-18 cc. wurden eingeführt durch Loi N° 98-389 du 19.5.1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O. N°117 v. 21.5.1998, S. 7744; im Vereinigten Königreich regelt der Consumer Protection Act (1987) sowohl die Produkthaftung als auch die Produktsicherheit.

137 So bereits Möllers (Fn. 81), S. 60; Möllers, 48 Am.J.Comp.L. 679, 699 (2000).

138 Für die Umsetzung der AGB-RiL 93/13/EWG durch Art. 1469 codice civile s. z.B. Micklitz/Brunetta d'Usseaux, ZEuP 1998, 104 ff.

139 Für einen Überblick s. Drobny, 1 Eur.Rev.P.L. 171 ff. (1993); Hartkamp, AcP 191 (1991), 396 ff.; de Groot, ZEuP 1999, 543 ff.

140 So wurde beispielsweise das Arbeitsrecht und der Abzahlungskauf in das Obligationenrecht integriert, s. Art. 319 - 362 OR und Art. 226a - 228 OR.

141 Kübler, JZ 1969, 645, 646, 648: „die pluralistische Industrie- und Interessengesellschaft ist zur Kodifikation nicht mehr in der Lage“; ihm folgend Hommelhoff, FS Rittner 1991, S. 165, 182; Drexler (Fn. 86), S. 75.

142 So Tonner, JZ 1996, 533 ff.; Hommelhoff, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, S. 4.

143 Palandt/Heinrichs (Fn. 91), Einl. Rn. 1; Canaris, AcP 200 (2000), 273, 361; Medicus, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 607; W.H. Roth, JZ 2001, 475, 485.

144 Umwelthaftungsgesetz v. 10.12.1990, BGBl. I 2634.

Und vielleicht wird es als Vorbild für ein künftiges Europäisches Zivilgesetzbuch dem zivilrechtlichen Einigungsprozess in Europa deutlich Vorschub leisten.¹⁴⁵ Für das geplante Antidiskriminierungsgesetz gilt aber auch Umgekehrtes: Man darf weder die nationalen Juristen noch die Bürger überfordern bzw. sogar mit verfassungswidrigen Gesetzen konfrontieren, sonst bleibt es bei einer reinen Symbolgesetzgebung: die Bürger erlernen schnell Umgehungsstrategien und das Recht bleibt „law in the books“.

Klaus Offerhaus

Spannungs- oder Kooperationsverhältnis zwischen dem Bundesfinanzhof, dem Bundesverfassungsgericht und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*

I. Einleitung

Das Verhältnis zwischen dem Bundesfinanzhof, dem Bundesverfassungsgericht und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist geprägt von den unterschiedlichen Aufgaben dieser Institutionen. Der Bundesfinanzhof als Revisionsinstanz in Steuersachen und das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ stehen innerhalb des Rechtssystems der Bundesrepublik Deutschland. Das nationale Steuerrecht wird jedoch – insbesondere auf dem Gebiet der Umsatzsteuer und der Zölle – beeinflusst durch das europäische Recht und durch die Auslegung dieses Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Aber auch auf dem Gebiet der sog. direkten Steuern hat sich der EuGH schon wiederholt geäußert. Es gibt dazu eine sehr gute Augsburger Dissertation – von Susanne Fischer – aus diesem Jahr. Der Prozess der Europäisierung ist also – fast 45 Jahre nach Unterzeichnung der Römischen Verträge im Jahre 1957 – bei den Steuern schon weit – manche meinen allerdings: nicht weit genug – vorangekommen. Althergebrachte nationale Grundsätze mussten mit den Inhalten des überstaatlichen Rechts vereinbart werden. Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht absehbar.

II. Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

Von einem „Spannungsverhältnis“ kann am ehesten in der Beziehung des Bundesverfassungsgerichts zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gesprochen werden. Hier stehen schwierige Fragen im Raum.

Es handelt sich um den Problembereich, der unter das Schlagwort „Kompetenz-Kompetenz“ gefasst werden kann. Der Begriff „Kompetenz-Kompetenz“ wird im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993 mehrfach verwendet, allerdings ohne genaue Definition. Zwar steht fest, dass die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf verschiedenem Rechtsgrund beruhen. Sie sind daher grundsätzlich klar trennbar. Eine Überschneidung der Aufgaben ergibt sich jedoch aus der „Verklammerung“ des nationalen Verfassungsrechts mit dem Gemeinschaftsrecht, aus der territorialen Geltung des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsakte der Europäischen Union im Geltungsbereich

¹⁴⁵ Gegenüber dem Diskussionsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung ein solches Ansinnen dagegen noch deutlich ablehnend, W.H. Roth, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 225, 230 f.

* Manuskript des am 6. Dezember 2001 an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg gehaltenen Vortrags.